

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO
POR EBCO S.A., TITULAR DE LA UNIDAD FISCALIZABLE
CONSTRUCCIÓN OBRA SAN EUGENIO, EN CONTRA DE
LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 1438/2022**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1580

Santiago, 4 de septiembre de 2024

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011 MMA"); en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 52, de 12 de enero de 2024, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 70, de 28 de diciembre de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a la Superintendenta del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/73/2024, de 7 de marzo de 2024, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que nombra Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-195-2021; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO

1° Con fecha 9 de septiembre de 2021, mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-195-2021, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio al procedimiento sancionatorio Rol D-195-2021, con la formulación de cargos en contra de EBCO S.A. (en adelante, "el titular", "la empresa" o "EBCO"), Rut N° 76.525.290-3, titular de la unidad fiscalizable "Construcción Obra San Eugenio" (en adelante, "la unidad fiscalizable"), ubicada en San Eugenio N° 600, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana, por infracción al D.S. N° 38/2011 MMA.

2° Con fecha 25 de agosto de 2022, mediante Resolución Exenta N° 1438 de esta Superintendencia, (en adelante, "Res. Ex. N° 1438/2022" o "resolución sancionatoria") se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-195-2021, sancionando al titular con una multa de noventa y tres unidades tributarias anuales (93 UTA), en razón del hecho infraccional consistente en la obtención, a través de mediciones efectuadas en



horario diurno y en receptores sensibles ubicados en Zona II, con fecha 18 de marzo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (en adelante, "NPC") de 67 dB(A), en condición externa; con fecha 7 de mayo de 2021 de NPC de 62 dB(A) y 66 dB(A), en condición externa, e interna con ventana abierta, respectivamente; con fecha 10 de mayo de 2021, de un NPC de 65 dB(A), en condición interna con ventana abierta; y con fecha 11 de mayo de 2021, de un NPC de 61 y 66 dB(A), en condición externa, e interna con ventana abierta, respectivamente.

3º La resolución sancionatoria fue notificada al titular por correo electrónico el día 29 de agosto de 2022, según consta en el expediente.

4º Con fecha 5 de septiembre de 2022, Hernán Besomi Tomas, en representación del titular, presentó un escrito por medio del cual interpuso un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1438/2022. En el primer otrosí acompañó escritura pública otorgada en la Notaría de Santiago de don Félix Jara Cadot, de 14 de noviembre de 2016 y en el segundo otrosí, confirió patrocinio y poder al abogado Cristián Andrés Sáez Rojic. Finalmente, en su tercer otrosí, solicitó que la respuesta a su recurso se dirija a las casillas electrónicas que indica.

5º Mediante Resolución Exenta N° 1561, de 12 de septiembre de 2022, esta Superintendencia confirió traslado a los interesados del procedimiento sancionatorio, otorgando un plazo de 5 días hábiles para que presentaran sus alegaciones respecto al recurso de reposición interpuesto por la empresa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 19.880. Dicha resolución fue notificada por carta certificada el día 21 de septiembre de 2022.

6º A la fecha de la presente resolución, no se han realizado presentaciones por parte de los interesados a considerar por este Servicio.

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

7º El plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA, que dispone: "(...) *En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución (...)*".

8º En tal sentido, el resuelvo segundo de la resolución sancionatoria se refiere a los recursos que proceden en su contra y el plazo para interponerlos.

9º De esta forma, considerando que la resolución impugnada fue notificada con fecha 29 de agosto de 2022, y el recurso de reposición fue presentado por el titular el 5 de septiembre de 2022, se constata que el recurso interpuesto se encuentra presentado dentro de plazo.

10º Por tanto, al haberse presentado el recurso dentro de plazo legal, corresponde pronunciarse, a continuación, respecto de las alegaciones formuladas por el titular.



III. ALEGACIONES FORMULADAS POR EL TITULAR EN SU RECURSO DE REPOSICIÓN

11° En su recurso de reposición, el titular hace una descripción del procedimiento administrativo sancionatorio, detallando el proceso de fiscalización; la ponderación realizada por esta Superintendencia para la determinación de la infracción y la sanción aplicable, y el contenido de la resolución sancionatoria impugnada.

12° A continuación de lo indicado, el titular expone los fundamentos en que se sostiene la impugnación de la Res. Ex. N° 1438/2022, los que serán detallados y analizados a continuación.

A. La importancia del daño causado o el peligro ocasionado

A.1. Alegaciones del titular

13° El titular expone que, a partir del literal a) del artículo 40 de la LOSMA, se presenta una contradicción de parte de la Superintendencia al concluir que no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción y, al mismo tiempo, indicar que la infracción generó un riesgo a la salud de la población.

14° Luego, expone que, en relación a la magnitud del riesgo conforme a la excedencia en la emisión de niveles de presión sonora, este servicio debiese considerar exclusivamente la medición realizada con ocasión de la fiscalización de fecha 18 de marzo de 2021, en razón de que ella motivó la formulación de cargos del procedimiento sancionatorio.

15° Asimismo, respecto al tiempo de exposición al ruido por parte del receptor, habiéndose determinado una frecuencia de funcionamiento periódica en relación con la exposición al ruido, el titular precisa que desconoce los antecedentes a partir de los cuales la Superintendencia realiza tal determinación.

16° Finalmente, el titular señala que, en relación a la generación de un riesgo a la salud y su consecuente consideración para la determinación de la sanción específica, la SMA no especifica el aumento que repercuten en la sanción, así como tampoco tiene presente los antecedentes fácticos ni técnicos aportados al procedimiento, careciendo de un fundamento correcto y, en definitiva, devengando el acto administrativo en uno no apegado a derecho.

A.2. Ánalisis de las alegaciones del titular

17° En relación a las alegaciones sobre la supuesta contradicción indicada, se hace presente que la explicación y diferencia entre daño causado y peligro ocasionado fue latamente desarrollada en los considerandos 91° al 104° de la resolución sancionatoria, en los cuales se desarrolla el concepto de peligro, para luego analizar el caso en concreto.

18° Cabe aclarar que, en el presente caso, el titular confunde las dos hipótesis que plantea el literal a) y las implicancias de adoptar una u otra.



En este contexto, es relevante reiterar que los Tribunales Ambientales han indicado que “*De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, mas no la producción de la misma.*”¹ En consecuencia, para estar frente a la hipótesis de peligro basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, de un riesgo.

19º Por su parte, y tal como se indicó en la resolución sancionatoria, el Servicio de Evaluación Ambiental definió el concepto de peligro como la “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”². A su vez, dicho servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la “*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”³.

20º Es así que, en el presente caso, se determinó que la superación de los límites de emisión establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA, constatada durante el procedimiento sancionatorio, permitió determinar que la infracción no generó un daño, mas sí generó un riesgo a la salud de la población, puesto que, el ruido es un agente con la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor, y se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa, tal como se indica en el considerando 99º de la resolución impugnada. Luego, se ponderó la importancia de dicho riesgo, teniendo en consideración la excedencia máxima registrada –de 7 dB(A), lo cual implica un aumento en un factor multiplicativo de 5 en la energía del sonido aproximadamente– y el tiempo de exposición al ruido por parte del receptor, llegando a la conclusión de que la frecuencia de funcionamiento es periódica.

21º Respecto al desconocimiento del titular de los antecedentes a partir de los cuales la SMA concluyó la existencia de una frecuencia de funcionamiento periódica, ella se identifica expresamente en el pie de página número 27 del considerando 103º de la resolución sancionatoria, en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable. En el caso particular, la categorización de funcionamiento periódico implica un funcionamiento anual de entre 168 y 7280 horas. De haber considerado que la faena constructiva funcionaba de forma “*permanente*”, habría entrado en la categoría de “*funcionamiento continuo*”, cuestión que no ocurrió en la especie. A mayor abundamiento, cuando el titular sugiere que en las mediciones realizadas los días 11, 12 y 13 de enero “*se ha podido constatar que no se ha superado el límite normativo constante ni periódicamente*”, cabe clarificar que la categorización mencionada no busca delimitar el tiempo en que se sobrepasa el límite impuesto en la norma, sino identificar cuántas horas de funcionamiento se atribuyen a la unidad fiscalizable en particular, para efectos de determinar la magnitud del riesgo.

22º Ligado a lo anterior, y en cuanto a la supuesta disipación del riesgo indicada por el titular, es menester mencionar que la norma infringida tiene el carácter de objetiva, y que su mera transgresión es fundamento suficiente para una eventual

¹ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

² Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

³ Ibídem.



apertura de un procedimiento administrativo sancionador, independiente de si cesan posteriormente los efectos. Ello se justifica en que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar, por lo que cualquier superación, desde 1 dB(A) hacia arriba, constituye igualmente una infracción a la normativa, en razón del riesgo generado.

23° En ese sentido, tampoco es razonable la alegación respecto a que solo se debió considerar la medición efectuada en el contexto de la fiscalización de 18 de marzo de 2021. Si bien se tratan en conjunto las tres excedencias a la norma infringida en la formulación de cargos, se reitera que cualquiera, por sí sola, puede ser objeto de un procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, para efectos de la determinación de la sanción, se aclara que se consideró la máxima excedencia (67 dB), la cual es, a su vez, la medición efectuada con ocasión de la fiscalización de 18 de marzo de 2021.

24° Finalmente, en cuanto a la supuesta falta de precisión de la SMA en el aumento cuantitativo de la sanción debido al componente del riesgo o peligro a la salud, será analizado en el acápite sobre la ponderación no explícita de los factores de incremento y disminución de la sanción.

25° En razón de todo lo expuesto, y a partir de las mediciones efectuadas por la SMA, en especial aquella del día 18 de marzo de 2021, en que se constató una excedencia de 7 dB, y el detallado análisis que se realiza en la resolución sancionatoria, particularmente en los considerandos 91° al 104°, se determinó la existencia de un riesgo a la salud de las personas, pero que no revestía el carácter de significativo.

26° Por lo tanto, sumado a los argumentos vertidos en la presente resolución, no se advierte de qué manera esta Superintendencia habría realizado un razonamiento contradictorio o una determinación del riesgo y/o del peligro deficiente, habiéndose realizado un extenso análisis de la circunstancia establecida en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, en atención a los antecedentes que obran en el expediente del procedimiento sancionatorio, así como la amplia bibliografía citada en el apartado donde se pondera dicha circunstancia.

B. Deficiente determinación de la población afectada

B.1. Alegaciones del titular

27° En este título, el titular expone que la forma de proceder de la Superintendencia para determinar la población afectada por las emisiones de ruido ha sido constantemente rechazada por los tribunales ambientales, citando como ejemplo la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa rol R-253-2020.

28° La empresa continúa su exposición, señalando que la SMA realizó una estimación de la población afectada de 3.143 personas, sin discriminar ni verificar de forma empírica si efectivamente existen receptores de ruido en la totalidad del área de influencia (en adelante, "AI"). Agrega que no existe una determinación de los residentes del AI y cómo aquellos pudieron estar expuestos al riesgo caracterizado por la SMA.



Puntualiza que únicamente se ocuparon proyecciones de datos censales, sin especificar cómo se llegó al porcentaje de afectación de personas afectadas

29° Adicionalmente, el titular argumenta que existiría una ampliación injustificada del AI hacia sectores alejados de la obra. A su juicio, sería entendible que a los habitantes de los edificios y/o predios ubicados inmediatamente contiguos a la obra se les incluya en el AI, sin embargo, expone que la SMA consideró un área de mucho mayor extensión, con otras orientaciones, conforme a la cual también se verían afectados predios ubicados a varios metros de la obra y que, en consecuencia, resultarían no ser receptores directos del ruido emitido en el proceso de construcción del proyecto.

30° De esta manera, continúa el titular aduciendo que la resolución sancionatoria no justifica razonablemente mediante argumentos técnicos, la ampliación del AI, ni tampoco prueba por medio de la experiencia que los predios más alejados de la fuente emisora sufran el mismo perjuicio que los vecinos inmediatos del proyecto. Para probar lo anterior, cita el fallo del Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-233-2020.

B.2. Análisis de las alegaciones del titular

31° En relación a este punto, cabe precisar que, la circunstancia de la letra b) del artículo 40 de la LOSMA incorpora un criterio numérico de ponderación, que recae específicamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas, por lo que no se requiere que se produzca un daño o afectación, sino que solo la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud.

32° Así, la SMA no debe acreditar de forma empírica la afectación de la población, sino que debe determinar una estimación de la población afectada, lo cual se explica latamente en los considerandos 105° a 114° de la resolución sancionatoria.

33° De esta manera, en dicha resolución se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados por las emisiones de la obra. Para ello, se determinó el AI de la fuente emisora de ruido, considerando que ésta se encuentra en una Zona II, la que luego fue interceptada con la información de cobertura georreferenciada de las manzanas censales del Censo 2017, para la comuna de Ñuñoa, en la Región Metropolitana, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre cada manzana censal y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

34° Este método supone que el sonido se comporta como una onda esférica, donde su propagación disminuye en intensidad sonora cada vez que se duplica la distancia a la fuente emisora. De esta forma, la ecuación presentada permite despejar y conocer el radio entre la fuente emisora y el punto en que se daría el cumplimiento normativo (radio del AI), si se conoce el nivel de presión sonora en cumplimiento a la normativa, el nivel de presión sonora medido en el receptor y la distancia existente entre la fuente emisora y el receptor donde se constata la excedencia.



35° De esta manera, se usó una expresión matemática que determina que la amplitud del nivel de presión del sonido emitido desde una fuente puntual es, en cada punto, inversamente proporcional a la distancia de la fuente.

36° En consecuencia, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de 3.143 personas, lo que fue considerado en la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

37° A este respecto, cabe mencionar que las Bases Metodológicas de esta Superintendencia establecen que la estimación del número de personas que pudieron verse afectadas por la infracción será realizada por la SMA en base a todos los antecedentes disponibles que sean pertinentes para estos efectos, incluyendo lo indicado en fuentes de información pública de libre acceso, como lo es la información censal⁴.

38° En concreto, el cálculo efectuado en la materia aludida se ajusta o es coherente con el método teórico-estimativo que pretende aproximarse a la realidad en base a ciertos números o datos numéricos disponibles, método que precisamente utilizó la SMA en el caso en commento.

39° En dicho sentido, la SMA determinó conservadoramente el número de personas potencialmente afectadas conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la LOSMA -incorporando factores de atenuación, es decir, de disminución, del radio del AI orientados a aumentar la representatividad del número de personas afectadas- y en especial atención con lo dispuesto en las Bases Metodológicas.

40° Lo anterior, considerando que el AI sería mayor si no se considerasen estos factores y, por lo tanto, sería mayor el número de personas potencialmente afectadas y consecuentemente la sanción, por lo que las alegaciones esgrimidas no tienen asidero.

41° Por otra parte, el titular tampoco entregó antecedentes que permitan desvirtuar el cálculo aplicado por la SMA o que sugieran el uso de otra metodología que permita despejar el problema y obtener un resultado más fiable.

42° A mayor abundamiento, la metodología utilizada por la SMA ha sido validada por los tribunales ambientales. En dicho sentido, cabe citar la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental que, en causa Rol R-222-2019, caratulada “Quinta S.A. con SMA”, de fecha 31 de diciembre de 2020, expone en los considerandos quincuagésimo segundo y tercero, que la determinación de las personas potencialmente afectadas, realizada en dicho caso también en base a los resultados del censo y con la misma metodología que en el presente, se

⁴ En la sentencia del caso Bocamina, considerando centésimo cuadragésimo cuarto, el Tercer Tribunal Ambiental ratificó la validez de una estimación realizada en base al último censo, en conjunto con los antecedentes del caso: “*Que, respecto de la estimación de personas afectadas o en riesgo, este Tribunal entiende la preocupación de ENDESA respecto de la actualización de la información en torno al número de personas que residirían en el sector y los cambios en el entorno producto de los programas de relocalización; no obstante ello, en el diámetro de los 200 m establecidos por la SMA, se encuentran instalaciones públicas (retén de Carabineros), instalaciones comerciales (quioscos), viviendas con residentes, y existen vías públicas para el tránsito peatonal y vehicular, tal y como fue apreciado por este Tribunal durante la inspección personal llevada a cabo en la localidad de Coronel, y que fue decretada como medida para mejor resolver a fs. 933 de autos, por lo que la estimación de la SMA podría estar incluso por debajo del número real de personas que pudiesen ser catalogadas como receptores de ruido. Por todo lo anteriormente considerado, esta alegación será desechada*”.



encuentra debidamente fundada. Idéntico razonamiento se expuso en sentencia dictada en causa Rol R-350-2022.

43° Asimismo, la metodología ha sido también validada recientemente por la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 56030-2022, que anuló la sentencia citada por el titular en causa Rol R-233-2020, que el titular cita en su recurso de reposición.

44° Todo lo anteriormente señalado, permite desestimar las alegaciones realizadas por el titular respecto de este acápite.

C. Adopción de medidas correctivas

C.1. Alegaciones del titular

45° En el presente apartado, la empresa afirma, respecto a las mediciones realizadas por la empresa Acustec los días 11, 12 y 13 de enero de 2022, cuyo informe fue acompañado en el escrito de descargos, que se puede constatar que no se ha superado el límite normativo constante ni periódicamente, *“por lo que el riesgo constatado por la SMA conforme a su fiscalización ya no es tal.”*

46° Complementa lo anterior señalando que la reducción de ruidos cotejada se debe a la adopción de medidas idóneas descritas en el PdC, el cual, recalca, fue presentado en los términos exigidos por la SMA. Estas medidas incluyen la instalación de barreras acústicas, la reubicación de equipos, y el cambio del banco de enfriadores, entre otras. Sin embargo, continúa, dichas medidas no habrían sido evaluadas exhaustivamente en la resolución impugnada, a pesar de que el resuelvo II de la Resolución Exenta N° 4 / Rol D-195-2021, emitida el 21 de marzo de 2022, indicaba que estas serían ponderadas al emitir el dictamen correspondiente. Por lo tanto, deberían haber sido tomadas en cuenta en la resolución sancionatoria.

C.2. Ánalysis de las alegaciones del titular

47° Las alegaciones del titular en este acápite se dirigen a la eficacia e idoneidad de las medidas que la empresa indica haber implementado para el control de las emisiones de ruido, así como al hecho de no haber sido ponderadas como medidas voluntarias en la resolución sancionatoria.

48° En ese sentido, la Res. Ex. N° 4 / Rol D-195-2021, que junto con rechazar la reposición interpuesta en contra de la Res. Ex. N° 3/Rol D-195-2021, acoge la petición subsidiaria de ponderar las medidas adoptadas en el marco del PdC, estableció expresamente que las medidas voluntarias adoptadas serían ponderadas en la medida que acreditaran, fehacientemente, la materialización de éstas y que no haya sido excluidas.

49° De esta manera, la resolución sancionatoria indica en el considerando 72° que, en el marco de la ponderación del literal i) del artículo 40 de la LOSMA, no concurren las medidas correctivas, por cuanto en las presentaciones de fecha 13 de mayo y 7 de diciembre, ambas del 2021, *“no es posible darlas por acreditadas y ejecutadas, dado que no se presentan medios fehacientes y acreditables necesarios y exigidos por esta Superintendencia”* (énfasis agregado), además de presentar como medidas, acciones propias de la



obra de construcción, sin que impliquen necesariamente actividades y/o tareas extraordinarias con objeto de minimizar la emisión de ruidos.

50° Sin perjuicio de lo anterior, a mayor abundamiento y en relación a los medios de verificación de dichas medidas, se debe tener presente lo siguiente: (i) en lo referido a las órdenes de compra de los materiales para la elaboración de la pantalla acústica, junto a la factura y guía de despacho, de la acción N° 1⁵, cabe señalar que el acompañamiento de antecedentes previos a la materialización de la medida no constituye prueba suficiente de que se haya efectivamente consumado la acción; en cuanto a la acción N° 2⁶, se acompañaron fotografías de utilización de capachos para hormigonado y el finiquito de la bomba de hormigón, pero las imágenes no se encuentran georreferenciadas ni tienen fecha, tornando imposible para el servicio validar tanto que correspondan a la unidad fiscalizable como la oportunidad de su implementación; (ii) respecto a la acción N° 3⁷, los medios de verificación son fotografías del nuevo espacio implementado para el banco de enfriadores y bomba estacionaria, y un plano georreferenciado de la instalación del nuevo banco de fierro, sin embargo, las supuestas imágenes no se identifican y el plano no constituye prueba suficiente de la reubicación de las máquinas, imposibilitando un análisis más acabado al respecto; y, (iii) en relación con el presupuesto e instalación de las ventanas, corresponde a una actividad propia de la obra de construcción y no a una medida correctiva.

51° Por lo anterior, considerando que en el recurso de reposición no se acompañan nuevos antecedentes que den cuenta de la efectiva y fehaciente adopción de alguna medida voluntaria, el argumento del titular será desestimado.

D. Infracción al *non bis in ídem* en la determinación de la sanción aplicable

D.1. Alegaciones del titular

52° El titular señala que la SMA estaría usando la misma circunstancia tanto para identificar la infracción que justifica el procedimiento administrativo sancionatorio a través de la superación de la norma de emisión contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA, como para agravar la sanción aplicable por dicha infracción, con lo que se ha vulnerado la garantía del *non bis in ídem*, propio del derecho administrativo sancionador.

53° En ese sentido, cita doctrina y también jurisprudencia, específicamente la sentencia rol R-233-2020, del Segundo Tribunal Ambiental, señalando que, en dicha causa, a raíz de esa circunstancia, entre otras infracciones, el tribunal decretó la nulidad de la resolución sancionatoria y ordenó a la SMA a dictar una nueva resolución de la especie, apegada a derecho.

⁵ La acción N°1 corresponde a la instalación de una pantalla acústica para faenas y equipos que generen ruido al interior de la obra.

⁶ La acción N°2 se refiere al cambio de la faena de hormigonado mediante bomba estacionaria, por la utilización de capachos para el hormigonado.

⁷ La acción N°3 corresponde a la reubicación de equipos o máquinas que producen ruido.



D.2. Análisis de las alegaciones del titular

54° Respecto a las alegaciones descritas, cabe precisar que, el principio *non bis in ídem*, se traduce en la prohibición de aplicar dos o más sanciones cuando se está frente a la triple identidad: Identidad de persona (infractor), identidad de hechos, e identidad de fundamento jurídico. De esta manera, constituye una garantía para el presunto infractor de que el Estado no sancionará dos veces los mismos hechos.

55° En materia ambiental, el principio se encuentra consagrado en el artículo 60 de la LOSMA que dispone que "*en ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*". En otras palabras, la norma transcrita contempla una prohibición de punición múltiple de un mismo hecho.

56° En consecuencia, la valoración de los hechos que hace la SMA para fundamentar su sanción responde a finalidades distintas, que en caso alguno implican una múltiple punición respecto a los mismos hechos, puesto que solo se ha determinado una única sanción para la infracción a la norma de emisión.

57° Es así como la SMA no ha incurrido en una vulneración al principio *non bis in ídem*, como el titular erradamente sostiene, al señalar que se infringiría al aplicar el mismo aspecto, esto es, la superación de la norma de emisión, tanto para identificar la infracción como para agravarla, confundiendo al efecto etapas distintas del ejercicio de la potestad sancionatoria.

58° Al respecto, es relevante tener presente cómo se ejerce la potestad sancionatoria. En este ámbito de cosas, el primer paso en el ejercicio de la potestad sancionatoria es "configurar la infracción", es decir, hacer compatible el hecho constatado con un tipo infraccional del artículo 35 de la LOSMA.

59° En el caso particular, el "hecho" corresponde a la superación de la norma de emisión de ruidos o excedencia, y su tipo infraccional es el artículo 35 literal h) de la LOSMA, es decir, el incumplimiento de la norma de emisión.

60° El segundo paso es clasificar la infracción como leve, grave o gravísima según los criterios que establece la misma LOSMA. En este paso, no existe controversia en el presente caso.

61° Luego, en tercer y último lugar, se determina la sanción específica a aplicar para lo cual la SMA analiza los efectos de la misma y sus alcances, considerando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Entre dichas circunstancias, se pondera la indicada en el literal a) que dice relación con la importancia del daño causado o el peligro ocasionado por la infracción.

62° Por lo tanto, constituye un error basal confundir la **configuración de la infracción**, donde se estableció la existencia de una superación del límite establecido en la norma de emisión de ruidos, y la magnitud de la misma, la **clasificación de gravedad** que permite determinar el rango de sanciones aplicables y la **determinación de la sanción**



específica donde se debe ponderar la importancia del daño causado o peligro ocasionado al medio ambiente y/o a la salud de las personas, a partir de la infracción configurada.

63° En este caso, cabe hacer presente que esta Superintendencia aplicó una única sanción en virtud del hecho imputado, considerando para la determinación de dicha sanción su clasificación de gravedad, así como las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

64° En este sentido se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental, en el caso “Inmobiliaria Providencia”⁸ y previamente, el Segundo Tribunal Ambiental en el caso “Pampa Camarones”, en sentencia de fecha 8 de junio de 2016⁹, en el que la empresa alegó una supuesta vulneración al principio de *non bis in ídem* porque se habría considerado el “daño ambiental” para “clasificar la infracción” y luego para “agravarla” por el artículo 40 letra a) de la LOSMA. Al respecto, el tribunal sostuvo en el considerando centésimo décimo cuarto, lo siguiente: “*Que, de lo señalado precedentemente, se desprende que los artículos 36, 39 y 40 de la LOSMA, que contienen los elementos para clasificar y determinar la sanción definitiva y específica de una infracción, se relacionan entre ellos en forma complementaria, como parte de un proceso por etapas. Por este motivo, en principio, no se puede presentar una transgresión al non bis in ídem entre los distintos requisitos contenidos en los literales del artículo 36 y las circunstancias del artículo 40, ya que la etapa en que operan y su finalidad será siempre distinta, a saber: clasificar la infracción y determinar la sanción específica, respectivamente*” (énfasis agregado).

65° Por último, en relación a la sentencia citada por el titular, causa rol R-233-2020, cabe aclarar que aquella fue anulada por la Excmo. Corte Suprema, en sentencia dictada en causa Rol N° 56.030-2021, dictando sentencia de reemplazo que rechazó en todas sus partes la reclamación presentada por el titular, señalando en su considerando séptimo “*Que, por todo lo dicho, debe descartarse que la SMA haya incurrido en ilegalidad al momento de ponderar la circunstancia de determinación de la multa prevista en el literal a) del artículo 40 de la Ley N° 20.417*”.

66° Conforme lo anterior, las alegaciones respecto a la infracción al principio *non bis in ídem* esgrimidas por el titular serán desestimadas en su totalidad.

E. Ponderación no explícita de los factores de incremento y disminución de la sanción

E.1. Alegaciones del titular

67° En este acápite, el titular introduce sus argumentos indicando que, a falta de debida motivación del acto administrativo sancionatorio, la resolución contendría un vicio de legalidad solo subsanable a través de la nulidad del acto.

68° Esgrime que, dado que en la resolución impugnada no se expresa el monto específico del valor de seriedad o componente de afectación

⁸ Causa rol R-44-2022.

⁹ Causa rol R-51-2014.



referido a: el peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental; a los factores de incremento o de disminución; ni tampoco sobre la valoración del tamaño económico de la empresa, no se ha otorgado una argumentación razonada respecto a la manera en que se determinó la cifra específica de la sanción, redundando en la falta de motivación del acto.

69° Lo anterior, a su juicio, sería fundamental debido a que, en ausencia de dichos montos, el titular queda en absoluta indefensión, privándose de los razonamientos desarrollados por la SMA, así como de la valoración y el grado de intencionalidad en la comisión de la infracción, configurando un vicio de arbitrariedad al fijar el monto de 93 UTA.

70° Para finalizar, fundamenta lo indicado en que, la judicatura especializada y los Tribunales Superiores de Justicia habrían cuestionado este proceder, citando al efecto la sentencia R-196-2018, del Segundo Tribunal Ambiental y la sentencia Rol N° 79353-2020 de la Excelentísima Corte Suprema.

E.2. Análisis de las alegaciones del titular

71° Respecto a lo enunciado por el titular, cabe recordar que la SMA ha dictado las Bases Metodológicas justamente como una manera de cumplir con el deber de fundamentación de sus actos, entregando en ella un conjunto de información general sobre la aplicación de las circunstancias establecidas en la ley, estableciendo categorías límite, de acuerdo a las circunstancias del caso, las cuales son incorporadas en cada una de las resoluciones finales emitidas por esta SMA.

72° En efecto, en las Bases Metodológicas se incorporaron criterios que permiten orientar a la SMA en la ponderación de las circunstancias del artículo 40, así como permiten saber *ex ante* qué elementos deben concurrir para que aquella circunstancia se verifique.

73° En particular, es importante señalar que, las circunstancias del artículo 40 distinguen entre aquellas que poseen una naturaleza cualitativa o valorativa –como la intencionalidad en la comisión de la infracción- y aquellas que poseen una estructura cuantitativa – como el beneficio económico-, siendo estas últimas las que obligan a valorar los hechos en base a datos y parámetros cuantificables. Esta obligación no implica explicitar los puntajes asignados a cada circunstancia, sino que, sólo a explicar el procedimiento numérico empleado para arribar a una determinada conclusión.

74° En dicho sentido, la ponderación de las circunstancias cualitativas del citado artículo 40, sólo requiere, desde la perspectiva de la motivación, que se justifique la procedencia de estas. Sin embargo, el detalle de dichas ponderaciones en la cuantía de la multa corresponde al ámbito de la discrecionalidad de la SMA, estando la misma dentro de los rangos de multas permitidos según la clasificación de la infracción.

75° Así, al establecer la cuantía de la multa, la SMA no tiene la obligación de expresar un cálculo numérico ni a establecer un puntaje o valor



asociado a cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA¹⁰; de lo contrario, los regulados podrían calcular *ex ante* el costo de la infracción y así poder decidir si les resulta más rentable o no incumplir la normativa ambiental, generándose un escenario de total predictibilidad de la sanción, lo que desvirtuaría los fines del régimen sancionador¹¹.

76° Al respecto, la finalidad de la sanción administrativa no es sólo retributiva, sino también disuasiva, pues mediante su imposición no se busca únicamente reprimir la conducta contraria a derecho, sino que también se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas que pueda ejecutar el mismo infractor u otros agentes sujetos al cumplimiento de la regulación ambiental.

77° En dicho sentido, las alegaciones del titular deben descartarse, conforme ha razonado la Excma. Corte Suprema en la sentencia de la causa 63.341-2020, de fecha 31 de mayo de 2022, en la cual ha reiterado que respecto a aquellas circunstancias no numéricas que establece el artículo 40 -cualitativas- su ponderación requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, por lo que al exponer la SMA las razones o fundamentos cumple con el deber de motivación al justificar la procedencia de la circunstancia¹².

78° Al respecto, la Res. Ex. N° 1438/2022 es clara en exponer que las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA fueron debidamente ponderadas en los considerandos 66° al 149°, indicando cómo éstas influyen para el cálculo de la sanción aplicable.

79° El detalle de dichas ponderaciones en la cuantía de la multa, como ya se señaló, corresponde al ámbito de la discrecionalidad del servicio, apreciando cada circunstancia cualitativa aplicada al caso concreto, para lo cual la resolución sancionatoria expone todos los fundamentos de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA, en atención a lo dispuesto en los artículos 11 inciso segundo y 41 de la Ley N°19.880, atendiendo al deber de fundamentación y motivación del acto administrativo.

80° En razón de lo anterior, determinar en la decisión el valor específico correspondiente a cada una de las circunstancias del artículo 40, diferenciando numéricamente entre el componente de afectación, el valor de seriedad y las circunstancias que incrementan y disminuyen el valor de seriedad, conlleva, en la práctica, a que dicha facultad discrecional desaparezca.

81° A mayor abundamiento, exigir que la SMA, además de aportar los motivos que fundan la decisión, exponga valores precisos para cada una de

¹⁰ El Tercer Tribunal Ambiental, en la sentencia dictada en la causa Rol R-6-2014, de fecha 27 de marzo de 2015, rechaza justamente la posibilidad de exigir cálculos matemáticos para la fundamentación de la sanción. En el mismo sentido se ha pronunciado este Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en su sentencia de fecha 04 de septiembre de 2020, dictada en la causa *"Inversiones la Estancilla con Superintendencia del Medio Ambiente"*, rol R-195-201819.

¹¹ Lo anteriormente expuesto, es coherente con lo resuelto por la Corte Suprema en la sentencia de 13 de diciembre de 2016, Rol 17.736-2016, lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol R-15-2015, de fecha 5 de febrero de 2016 y por la reciente sentencia de 31 de mayo de 2022, de la Corte Suprema en causa Rol 63.341-2020.

¹² En el mismo sentido, Excma. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 13 de diciembre de 2016, causa Rol 17.736-2016.

las circunstancias que la ley pide ponderar, es un requisito que no se encuentra en ninguna parte de la ley, ni se extrae de ella, es decir no forma parte de la exigencia de motivación de los actos administrativos.

82° En atención a lo anterior, las alegaciones realizadas en este punto por el titular serán desestimadas por esta Superintendencia.

F. Infracción al principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción aplicada

F.1. Alegaciones del titular

83° En este apartado, el titular centra sus argumentos en que la sanción impuesta ha excedido con creces los límites de la discrecionalidad, vulnerando con ello la proporcionalidad entre la infracción y la sanción fijada.

84° Justifica lo anterior en el hecho de que la SMA realizó solo una medición de ruidos y que el mismo ente fiscalizador calificó a la infracción como leve.

85° A mayor abundamiento, cita al Tribunal Constitucional en causa Rol 2658-14, justificando la imposición de criterios de graduación al momento de dictar la resolución sancionatoria.

F.2. Ánalisis de las alegaciones del titular

86° Respecto a las alegaciones realizadas por el titular en este título, se debe tener presente que, el deber de fundamentación de la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio se encuentra en el artículo 54 de la LOSMA. Este deber es concomitante con el mandato contenido en los artículos 11, 16 y 41 la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos, que pone a cargo de la administración el deber de motivar sus actuaciones y expresar las consideraciones de hecho y de derecho sobre las que se basa la decisión.

87° Así, al resolver el procedimiento, se reconstruye un relato fáctico del caso fijando aquellos hechos relevantes, para luego reconducir tales hechos a las normas –o a la interpretación de las mismas– con arreglo a las cuales se adopta la decisión. Este es el esquema que debe seguir la administración para expresar su voluntad y hacer cognoscibles y públicos los fundamentos que se han tenido a la vista para resolver las cuestiones que se plantean en el procedimiento.

88° Teniendo a la vista lo anterior, el vicio alegado por el titular se relaciona principalmente con el ejercicio de la potestad que entrega el artículo 40 de LOSMA. Como ya se señaló, esta disposición establece un catálogo de circunstancias o factores generales que permiten incrementar, disminuir o simplemente determinar la entidad de la sanción a ser aplicada y que, en general, se caracterizan por su indeterminación semántica, lo que deriva de la textura abierta de cada uno de los criterios que enuncia la disposición en comento.

89° La estructura de la disposición, por tanto, revela que el legislador de forma consciente decidió que es la propia Superintendencia la que se encuentra en la mejor condición para entregar el detalle de los lineamientos que deberán ser



considerados ante el ejercicio de la potestad sancionadora o disponer el orden en que tales circunstancias deben ser consideradas.

90° En ese sentido, conviene hacer presente lo señalado por el Excmo. Tribunal Constitucional ha indicado que “*(l)a ley, en vez de establecer una sanción a todo evento, deja un margen de apreciación para que la autoridad juzgue si procede, si se justifica su aplicación. La autoridad puede recorrer, dentro de cierta extensión, la intensidad de la sanción que los hechos justifican.*”¹³

91° Este margen, sin embargo, no importa que la SMA cuente con un ámbito de discrecionalidad absoluta, sino que tal potestad debe respetar el conjunto de garantías de los administrados, pues aquella se enmarca en el contexto de un procedimiento que debe respetar el deber de motivación de sus actos. Por lo tanto, cuando la SMA aplica aquellas circunstancias del artículo 40, se encuentra obligada a razonar y explicar la forma en la que tales factores influyen al fijar la sanción específica.

92° De hecho, para tales efectos, la SMA ha elaborado las ya citadas Bases Metodológicas, instrumento que constituye un apoyo a la toma de decisiones cuyo principio fundamental es la búsqueda de coherencia, consistencia y proporcionalidad en la aplicación de sanciones. En ese sentido, la cita del titular a la causa Rol 2658-2014 se conjuga perfectamente con el marco de apreciación y discrecionalidad que se le confiere a la SMA, sin desatender a su deber de motivación en la aplicación de las circunstancias del artículo 40.

93° De esta forma, la Guía de Bases Metodológicas entrega herramientas analíticas que explican el alcance de estos criterios de graduación del artículo 40 de la LOSMA, pero, además, establece un esquema metódico o conceptual que se expresa a través de una fórmula matemática y que fija pautas de orden para ponderar el conjunto de circunstancias listadas en el artículo 40 a la luz de los datos y hechos del caso específico. Así, a partir de aquel procesamiento y análisis se obtiene la decisión final sobre la cuantía de la multa a ser aplicada.

94° De este modo, la sanción impuesta ha sido determinada en estricto apego a los criterios que establece dicha Guía tanto para configurar como para ponderar cada circunstancia en el caso en comento, lo que incluye, por si quedan dudas, la clasificación de la infracción como leve.

95° Respecto al hecho de que la SMA solo realizó una medición de ruidos, este ente sancionador se remite a lo señalado en el apartado III.A.2.

96° Así, la resolución sancionatoria, proporcionó aquellos elementos de hecho necesarios para concluir que la decisión adoptada se encuentra motivada, pues entregó las razones que permiten reproducir el proceso lógico y jurídico de su determinación. También, se enunciaron aquellos elementos de hecho y la correspondiente calificación jurídica, que permiten sostener la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión.

¹³ Tribunal Constitucional, causa Rol 2346-2012.



97° Conforme lo indicado las alegaciones de este punto serán desechadas en su totalidad.

IV. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

98° De conformidad a lo indicado en el análisis precedente, se estima pertinente desestimar el recurso de reposición interpuesto, en virtud de los argumentos vertidos tanto en la Res. Ex. N° 1438/2022 como en la presente resolución.

99° En razón de lo expuesto, estese a lo que se resolverá por esta Superintendenta.

RESUELVO:

PRIMERO: Rechazar el recurso de reposición presentado por EBCO S.A., en contra de la Res. Ex. N° 1438/2022, que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol D-195-2021, por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: Al primer otrosí de la presentación de 5 de septiembre de 2022, téngase por acompañado.

TERCERO: Al segundo otrosí de la presentación de 5 de septiembre de 2022, téngase presente patrocinio y poder otorgado a Cristián Andrés Sáez Rojic, para actuar en el presente procedimiento, conforme al instrumento incorporado a través del resuelvo anterior.

CUARTO: Al tercer otrosí de la presentación de 5 de septiembre de 2022, téngase presente.

QUINTO: Recursos que proceden en contra de esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4º de los Recursos de la LOSMA, en contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, según lo establecido en el artículo 56 de la LOSMA. Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

SEXTO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo. El monto de las multas impuestas por la Superintendencia será a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. Para



dichos efectos, se deberá acompañar el certificado de pago de la Tesorería General de la República correspondiente.

Se hace presente que el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea”, a través del siguiente link: <https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>

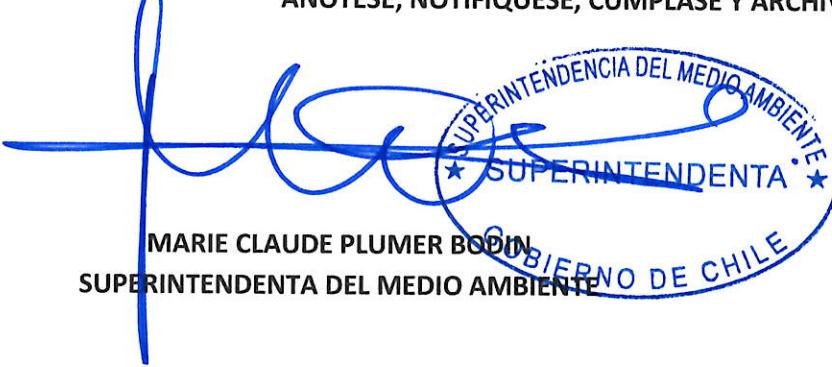
En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110, especialmente dispuesto para dicho efecto.**

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



MARIE CLAUDE PLUMER BODIN
SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE
GOBIERNO DE CHILE

BRS/RCF/ DSJ

Notificación por correo electrónico:

- EBCO S.A.

Notificación por carta certificada:

- Francisco Javier Aceval Machuca

CC:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente
- Oficina Regional Metropolitana, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Sección de Control Sancionatorio, Superintendencia del Medio Ambiente.

D-195-2021

Expediente Cero Papel N° 19372/2022

